DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS, AD FRAGMENTUM...

Cornelius Jacob : van Assen, ...





DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

AD

FRAGMENTUM PAULI

EX LIB. EJUS 3. QUAESTIONUM

QUOD EXSTAT

IN LEGE 41. D. DE PIGN. ACT.

TYPIS EXCUDEBAT A. SWEERAARDT.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

AD

FRAGMENTUM PAULI

EX LIB. EJUS 3 QUAESTIONUM

QUOD EXSTAT

IN LEGE 41. D. DE PIGN. ACT.

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI,

CORNELII JACOBI VAN ASSEN,

J. U. DOCT. ET PROF. ORDIN.

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO

HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

DEFENDET

JOSUA VAN DEN BERGH,

AMSTELAEDAMENSIS

AD DIEM XXIV JUNII MDCCCXXX, HORA I—II

LUGDUNI BATAVORUM,

APUD H. W. HAZENBERG, JUNIOREM.

MDCCCXXX.

PARENTIBUS

SACRUM.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS.

Pars Prior.

Cum circumspicienti idoneum dissertationi conscribendae argumentum indicasset mihi aestimatissimus Promotor Legem 41 *de Pign. Act.* hanc aptam istiusmodi scriptiunculae materiam praebituram affirmans, simul etiam auctor exstitit ut antequam ipsius legis expositionem aggrederer, quaedam de pignoratitio contractu in universum praemitterem, cujus equidem monitum secutus, hac priore parte pauca de oppignoratione notavi, ne tamen a proposito longius aberrarem, coactus fui in ea tantum inquirere, quae cum argumento aliquatenus arctius cohaerere videbantur.

His praemissis jam de primario videamus contractus pignoratitii requisito. Cum igitur accessoria tantum sit pignoris obligatio, sponte inde sequitur non posse constitui, nisi adsit prin-

cipalis obligatio, cujus praestationem securam reddit, et cui per omnia accommodatur, quod eleganter enuntiavit AVERANIUS (1) de accessoriis obligationibus loquens. sunt, inquit, hederae similes; principalem obligationem sequuntur; ipsi tenaciter haerent; ea fulciuntur; ea subducta confestim intercidunt, quo fit ut si quis e. g. mutuam pecuniam accepturus, futuro creditori in securitatem hujus debiti pignus dedisset, neque postea pecunia numerata fuisset, rem pignori datam repetere possit; *nam intentio dati pignoris, nec numeratae pecuniae, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit*; ut dicitur *Leg.* 1. *Cod. de non numerat. pecun.* illud refert quoque Scaevola *leg.* 31. *D. de Pign. et Hyp.* et eodem modo docet Tryphoninus *Leg.* 33 *eod. tit.* pignus datum ei, qui tantum solutionis causa stipulationi erat adjectus, posse repeti etiam solutione non facta.

Pignus autem accedere non potest nisi obligationi validae, alioquin anim inutiliter contrahitur, atque adeo nullum est. Non autem, ut observat Gesterding (1), requiritur ut obligatio pro qua pignus datur perfecta sit et jus agendi producat, sed recte etiam constituitur in secu-

(1) Interpr. Jur. *Lib.* XII. n^ro^ I.

(2) In opere *Die Lehre vom* PFANDRECHT. *Sect.* I. § 3.

ritatem talis obligationis, quae jure naturali tantum obligandi vim habet, etsi jure civili actionem non pariat, ut manifestum e *Lege* 5 et 14 *de Pign. et Hyp.* Jus pignoris autem pro obligatione mere naturali effectus sortiri potest per jus distractionis ac retentionis non vero per actionem hypothecariam.

Nec tantum pignus dari potest pro obligatione propria, verum etiam pro aliena recte constituitur, modo revera aliqua obligatio adsit *L.* 5 *et* 14 *D. de Pign. et Hyp.* Oppignoratio rei propriae pro aliena obligatione intercessio quaedam cum sit, secundum solitas hujus regulas definienda.

Quemadmodum autem, ut pignus constitui possit, semper adesse debeat debitum, sic etiam cogitari nequit, nisi certa quaedam res in hanc obligationem deducatur; nec tamen omnes res indistincte pignori dari possunt, verum multae sunt quae hanc obligationem non recipiant; de qua distinctione paulo diligentius nobis erit videndum.

Quod attinet igitur ad quaestionem, quaenam res pignori dari possint necne, tanquam regula juris proponitur in *Leg.* 9. *D de Pign. Quod emtionem recipit idem et pignorationem recipere potest;* nimirum ex ipsa contractus pignoratitii natura hoc profluit. est enim oppig-

noratio species alienationis, ac nemo in alterum plus juris transferre potest quam ipse habet, nec obstat, quod res aliena vendi possit, oppignorari vero non possit; emtori enim, qui rem a non domino emit, si deinde ei anferatur per evictionem a venditore praestandam cautum est, cum contra ad persequendam rem alienam inutilis est omnis actio hypothecaria. In caeteris vero omnibus rebus, regula supra memorata valet; eaque sequitur oppignorari posse, neque res sacras, neque publicas, neque sanctas aut religiosas, hae enim nullius sunt in bonis; quoad sacras excipiuntur, tamen sacra privata quae in dominorum patrimonio maneut ideoque et obligari possunt. Secundum eandem regulam obligari neque liberi homines possunt: quam late enim apud Romanos patuerit patria potestas, non tamen eo progressa videtur ut patri liberos pignori dare liceret, certe Jure Codicis hoc interdictum iis fuisse manifestum ex *Lege* 6 *Cod. Quae res pign.* atque secundum legem 5 *eod.* relegationis poena plectebantur creditores qui liberos debitorum pignori acceperant. Possit fortasse videri exceptionem hic facere captivus, ab hoste redemtus, cujus corpus redemtori pignoris vinculo obligatus manebat donec solutionis praetium ipsi praestitum erat, sed redemti quamvis conditione liberi ra-

tione hostium revera servi erant, jure belli enim simulatque in captivitatem statim etiam in servitutem redigebantur, atque adeo ab redemtore tanquam emtionis titulo acquisiti, huic etiam serviebant donec pretium ei solutum erat, ut in eadem conditione versarentur quam statuliberi, hi enim recte quidem pignori dantur; sed similiter pignus in iis constitutum evanescit, conditione existente (1). Caeterum observandum res supra memoratas ut et liberum hominem ita inutiliter pignori obligari, ut quamvis res publicis usibus relictae ad privatos redierint, aut sacrae vel religiosae profanae factae sint vel liber homo in servitutem redactus fuerit, obligatio tamen convalescere nequeat, initio enim plane nulla erat, quoniam hae res ejusmodi sunt, quae in contractum deduci non possunt, cum hominum commercio plane sint exemtae.

Atque has quidem res pignori obligari non posse ex intimis juris principiis petitur, sunt autem et aliae res de quibus idem sancitum, sed quarum prohibitio magis ex civilibus rationibus pendere videtur. In his primo recensenda instrumenta rustica, quae scilicet sine damno agriculturae alienari non poterant; licet nonnulli viri docti illud tantum de pignore judiciali

(1) *L.* 13. § 1 *de Pign. et Hyp.*

accipiant: videtur tamen in genere de quovis pignore valere, quoniam, ut animadvertit SCHULTING (1) Justinianus Leges 7 *et* 8 *C. Quae res Pign.* ad titulum generalem retulerit ac legis 8 verba generalia sint. Eadem ratione pignori dare arma sua milites prohibentur, illudque desertionis crimini aequiparatur (2). Neque maritus obligare poterat fundum dotalem uxoris (3). Idem sanxit quoque Imperator Alexander in athletis ratione coronarum quae iis pro praemiis solvebantur (4). Ne scilicet, ut observat, SCHULTING d. c., athletae spe praemiorum sibi imminuta, ad subeunda certamina segniores redderentur.

Postquam ita paucis notavimus quaenam res pignoris obligationem recipere nequeant, videri possit jam sufficere si hic in universum apponeretur regula: *omnis qui jus habet res suas alienandi eas etiam oppignorare potest;* cum tamen haec regula non tantum ad verum dominium pertineat; sed etiam ad ea extendatur quae quasi in dominio habemus seu bona fide possidentur, in nonnullis rebus fortasse difficultas oriri possit num huc referendae sint;

(1) Theses controv. Decas Octava et Septuagesima.
(2) *L.* 14. *D. de re milit.*
(3) *L.* 4. *D. de fund. dot.*
(4) *L.* 5. *C. quae res pign.*

quare non alienum fore arbitrati sumus paucis de iis hic agere, ut clarius hinc nobis appareat, quaenam res ratione pignoris propriae dicendae sint, quaenam vero alienae.

Primo igitur loco monendum, integrum esse jus creditori rem tanquam suam appignorandi, quamvis ejus dominii acquirendi spem jam in alterum transtulerit, quod disertis verbis docet Scaevola *L.* 35, § 1. *D. de donat.* ubi sequens casus proponitur « Lucius, Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies paucas Maeviam in vacuam possessionem ejus induxit. Quaero an donatio perfecta sit? respondit, secundum ea quae proponerentur, perfectam verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.» Jure antiquo nimirum ex mera donatione, tanquam nudo pacto, nulla oriebatur obligatio vel actio; ante praestationem aut traditionem rei donatae integrum itaque rei donatae dominium manebat apud debitorem donec eam in donatarium transtulisset. Quaeritur autem num idem dicendum sit jure novo; sanxit enim Justinianus § 2. *Inst. de Donat.* sola promissione donationes esse perfectas ac posse promissorem actione conveniri ad rem donatam praestandam. Videtur tamen affirmando respondendum. Quod nimirum illa lege

sanxit Imperator, eo tantum pertinet, ut valida ex sola promissione oriatur obligatio *L.* 35 § *ult. de donat.* non vero ut dominium transferatur quod sine traditione fieri nequit § 40 *Inst. de R. D. L.* 20. *cod. de pactis.* ut donator quamvis valida actione ad rem tradendam conveniri possit, tamen dominus rei donatae maneat donec eam tradiderit.

Alter casus, qui hic usu venit, est, ubi quis revocabile tantum alicujus rei habeat dominium, emtae scilicet sub pacto addictionis in diem, quem illustrat Ulpianus *L.* 4. § 3. *de in diem addict.* his verbis. « Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et addicto in diem fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere si auctor eum fundum pignori dedisset. » Ex quibus verbis *pignori esse desinere*, manifesto apparet pignus recte constitutum esse et valere, donec melior conditio fuerit oblata, scil. ea lege agitur de conditione addictionis in diem resolutive addita, ut cum dicitur: vendo tibi hunc fundum pro centum, at si melior conditio intra diem allata fuerit fundus inemtus esto, unde fit ut re tradita et pretio convento emtor quidem dominium rei emtae acquirat, sed tamen postea si melior conditio venditori oblata fuerit emtio dissolvatur, et hinc etiam pignus

fiat invalidum, quoniam ut monet VINNIUS (1) emtor tempore conventionis fingitur non fuisse dominus; at valeat hic regula cessante jure constituentis cessare quoque jus constitutum; quod etiam confirmare videtur decisio Scaevolae *L.* 31. *quae res Pigni*. Idem quoque dicendum est si emtor rem sub lege commissoria emtam alteri obligaverit et pretium, statuto tempore, nondum solutum fuerit quo casu dominium ipso jure revertitur ad venditorem, qui rem a quocunque possessore vindicare potest.

Aliud vero juris est ubi res itaven dita, *nisi emtori displicuisset*, tum enim non finiri pignus testatur MARCELLUS *in Lege* 3. *quib. mod. pign.* Hoc autem pactum venditioni adjectum censetur, ubi contractus sub ea conditione celebratur, ut emtor, si intra certum tempus emtionis eum poeniteat, rem quam acquisiverat inemtam statuere possit cujus discriminis ratio ita reddit GMELIN (2). Emtor qui rem sub hac conditione emtam pignori obligavit ipse in culpa est; venditor ut hanc recipiat cogi nequit, manebit emtoris ergo et pignus ab eo constitutum subsistet. Sed ut notat VINNIUS *L.* 2. *quaest.* hoc casu emtor non revocabile; sed revera irre-

(1) *Lib.* 2. *Quaest.* 5.

(2) Commentatio de Jure Pignoris vel hypothecae quod debitor in re sibi non propria constituit.

vocabile dominium habuit, ab invito enim emtore res emta revocari non poterat, ut hic aequiparari possit unicuique domino qui post constitutum in re sua pignus, eam quacunque de causa in alterum transfert.

Ubi autem quis rem sub pacto de retrovendendo emerit, ac dein pignori obligavit et venditor eam retroemit, subsistit omnino pignus, quia, ut notat BACHOVIUS (1), venditio non ipso jure sed nova venditione et redditione resolvitur.

Inter eas res quae tanquam conditione suspensiva in alicujus dominio sunt et ita recte ab eo pignori dantur est etiam statuliber, ut supra jam vidimus; sed inprimis huc etiam pertinet legatum et fideicommissum universale vel speciale sub conditione aliqua incerta relictum: haec enim ubi exstiterit, retrotrahitur ad tempus legati vel fideicommissi relicti, quasi nunquam ejus dominium heres habuisset, ut est *Leg.* 3. *cod. Comm. de Leg.* ubi haec verba inveniuntes « Sin autem heres — ad hypothecam pro siluerit conditione impleta ab initio causa in irritum devocatur, et sic intelligenda, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata.» Hinc VINNIUS casum hunc refert inter eos ubi resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.

(1) *De Pign. et Hyp. L.* 5. *Cap.* 13. *n.* 5.

Ac sicuti recte pignori dare possumus res quarum tantum temporale seu quasi dominium habeamus; sic etiam hanc obligationem recipiunt illa jura, quae in rebus alienis nobis competunt et alioquin dominii propria sunt, haec autem obligatio hactenus tantum valet, in quantum haec jura durant, ita ut his amissis pereat quoque pignus in iis constitutum. Nec adeo dubitandum quin emphyteuta praedium emphyteuticum recte possit oppignorare, ita scilicet ut ipsum emphyteuseos jus pignoris loco obligetur, ut docetur Lege 16. § 2. *Quae Res. Pign.*; idque facere potest emphyteuta sine domini consensu. Sicuti enim neque hoc indiget ubi praedium emphyteuticum alienare voluerit, sed tantum domino denuntiare debeat, ut hic praelationis jus habeat, multo minus hoc consensu ei opus est in pignoris obligatione, in qua nulla praelatio obtineri potest: verum ut supra monuimus ubi jus emphyteuseos vel pacto contactui adjecto vel legis dispositione ad dominum redierit, cessabit quoque pignus in eo constitutum. Eodem modo quoque obligari potest jus superficiarium, ut ex lege supra allata apparet.

Nec alienum ab hoc loco, quaedam moneri de pignore servitutum, quamvis enim hae nullum dent utile dominium sunt tamen et illae jura in re aliena competentia: de his autem magna est inter

juris interpretes controversia. Multi enim contendunt indistincte nullas servitutes, nec rusticas, nec urbanas pignori dari posse; alii vero oppignorationem in solis urbanis prohiberi, in rusticis vero concedi arbitrantur. De rationibus, quas utrique adferunt ad sententiam suam comprobandam paucis videamus. Inter eos igitur qui servitutes rusticas pignori dari posse negant imprimis, ut videtur, memorandus est Vinnius, qui *Select. Quest. L.* 1. *C.* 32. sequentia suae opinioni stabiliendae adfert argumenta. Primo igitur dicit: servitutes esse praedii qualitates, praedio cui constitutae sunt ut objecta cohaerentes, ut ab eo divelli et in aliud transferri non possint: secundo pignorationem eorum fore inutilem creditori, quia nec ipsi creditori deberi potest servitus rustica, cum non sit servitus personae, nec praedio creditoris, quia, quae meo praedio debetur servitus, in aliud transferri sine consensu domini non potest: tertio, quia sine injuria praedii servientis efficere non possum ut servitus quae meo praedio debetur, debeatur etiam praedio creditoris. Quibus Vinnii argumentis omnia fere continentur, quae pro hac opinione ab aliis proponuntur; haec autem illi, qui diversas partes sequuntur, probabilibus, ut videtur, rationibus impugnant; quod igitur ad primum argumentum observant, non adeo ipsam

servitutem de praedio in praedium transferri, sed tantum alienari utilitatem, quae ex ipsa servitute profluat, seu jus servitute utendi, quod salvo jure domini praedii servientis fieri potest; quod ad alterum argumentum, servitutes creditori fore inutiles, animadvertunt eas tantum pignori dari posse domino praedii vicini, et tum revera multas servitutes rusticas esse, quae domino vicino alicujus praedii magnam possint praestare utilitatem, e. g. jus pascendi, jus itineris ac ejusmodi plura; neque denique affirmant domini praedii servientis multum referre, utrum servitus ab hoc an ab illo exerceatur, conditiones modo, contractus constitutioni initio adjectae, observentur: quibus tamen omnibus argumentis magis illud quaeri videtur, quid propter rei naturam admitti possit, quam quid Jurisconsultorum placitis sancitum, ideoque sequendum sit: cujus quaestionis decisio omnis pendere videtur ex duabus MARCIANI ac PAULI legibus (1), quae se invicem excipiunt. Prima lege ait MARCIANUS «jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec conveniri possunt ut hypothecae sint» quae verba continuo subsequitur lex PAULI ita se habens. «Sed an viae, itineris actus, aquae ductus

(1) *Leg.* 11. *ac* 12. *D. de Pign. et Hyp.*

pignoris conventio locum habeat videndum esse POMPONIUS ait, ut talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra dies centum pecunia soluta non sit, vendere eam vicino liceat, quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.» Ad quas leges si diligenter attendamus apparet, quamvis stricto jure minus quidem ferri posse videretur, usu fori tamen receptum fuisse, ut etiam servitutes rusticae pignori dari possint. Cum enim pignus non continetur usu, sed tantum nuda possessione rei obligatae, et praeterea servitutis jus proprie nemini competere possit nisi ei qui praedium dominans habet, ita ut servitutis usus vicino locari nequeat (1); neque etiam servitutis natura recipere possit pignoris obligationem. verum cum tamen multae essent servitutes, rusticae quae uti supra vidimus, ut domino praedii dominantis ita et alii cuicunque praedium vicinum habenti utiles esse possent, usu receptum videtur: ut etiam hae pignori obligari possint (2). Non idem quoque

(1) *L.* 44. *de Serv.*

(2) Hanc sententiam praeter VOET. ad Tit. Pand. *Quae resp. Pign.* tuetur etiam SCHULTING, *Thes controv.* Decas octava et Septuagesima.

obtinere in servitutibus urbanis, ex eo repetendum videtur, quod hae alii, quam praedii dominantis possessori, non nisi cum damno domini praedii servientis concedi possint. Marcianum autem tantum servitutes urbanas excludere voluisse, inde etiam conficitur quod si idem juris fuisset rusticis, non credibile, eum hoc peculiariter de urbanis docuisse, cum praeterea ad hanc distinctionem admittendam facere videtur quod continuo legi Marciani ubi servitutes urbanae pignori dari vetantur, per particulam *sed* opponitur altera lex Pauli, qua docetur aliud juris esse circa rusticas.

Idem fere locum habet ratione ususfructus, stricto enim jure neque hic pignori dari possit, est enim ususfructus jus personae inhaerens neque itaque in alium transferri potest; verum neque ipse ususfructus pignori obligatur, sed tantum exercitium ejus, vel ut dicitur in Dig. *commoditas utendi fruendi*; quod iterum utilitate suadente receptum videtur. Creditor scilicet, qui ususfructum ita sibi appignoratum exercet a proprietario actione negatoria conventus condemnandus esset; sed promisit praetor se tuiturum hunc per exceptionem pacti cum debitore initi lex 11. § 2 *de Pign. et Hyp.* qua Marcianus omnia, quae ad hoc

usus fructus pignus pertinent diligenter docet. Vix operae pretium hic monere longe aliud obtinere in usu: hic enim cum et origine et natura sua ad solum exercitium seu utendi facultatem restringatur, ac non nisi ab ea persona, cui conceditur, possit adhiberi, consentaneum etiam nullo modo posse alienari § 8. *Inst. de U. et H. et L. 8. D. eod. Tit.*

Postquam igitur vidimus, quaenam res tanquam propriae pignori dari possint, licet plenum earum dominium non habeamus, jam eo pergendum erit ut tractemus quaestionem de pignore rei alienae, et videamus num aliquando hoc recte constituatur; ac quaenam ex eo, licet proprie non valeat, nascantur obligationes; in qua prima quaestione a Gmelinio, aliisque dessentire cogemur. Quamvis scilicet genuinis juris naturae principiis consentaneum sit, ac juris civilis placitis confirmatum, neminem in re aliena sine consensu domini jus aliquod exercere posse, nec aliquid oneris ei imponere, indequa sponte etiam sequatur, pignoratitium contractum nunquam recte iniri posse, nisi in re propria, sunt tamen quidam juris interpretes, qui, nonnullas ab hac regula exceptiones admittendas censent; si vero casus ubi has obtinere contendunt paulo diligentius perspexerimus, invenimus, ut videtur, illas exceptionum nomen

tueri non posse, sed referendos esse potius ad illud obligationum genus, quae ineuntur sub conditione suspensiva, ut revera nullae aliae sint quam promissiones contractus alicujus celebrandi si certi quid evenerit; ubi nimirum de re aliena oppignoranda agitur, semper addita censetur conditio, *si res mea facta fuerit*, ut revera una cum dominio incipiat etiam pignus; hujus autem conditionis facta mentio sponte nos eo deducit ut jam agamus de primo casu, qui adfertur tanquam exemplum pignoris in re aliena recte constituti.

Huc igitur primo referunt, ubi quis rem nondum existentem speciali conventione pignori obligavit; ac nullo modo dubitandum, quin omnino valeat tale pignus, quo quis obligat ea bona quae habiturus est, manifestum enim illud ex *Leg.* 16 *D. de Pign. et Hyp.* et ex lege 9. *Cod. quae res Pign.*, nec tamen illud videtur dici posse pignus rei alienae. Semper enim, ubi ita res futurae obligantur, tacite additur conditio, si res mea futura sit. Ex quo patet, ut talis obligatio valere possit, vel potius incipere, ab initio jam adesse cogitatio eam exstituram in bonis ejus qui pignus constituit, atque eo ipso, quod exstat aliena evanescit quoque pignus. De pignore rei alienae igitur cogitari posse non videtur, antequam enim exstiterit revera nullum adest pignus,

ubi autem res de qua agebatur, revera jam in rerum natura inveniatur, pignus ita demum in ea constitutum censetur, si ejus qui eam obligaverit, est propria.

Alterum quod adfertur exemplum, sunt accessiones quibus res obligata post conventionem aucta fuerit, has enim creditor jure pignoris acquirit: ut si fundo oppignorato per alluvionem aliquid accreverit *Leg.* 16 *D. de Pign. et Hyp.*, vel ususfructus accesserit cum nuda proprietas pignori data erat, similiaque *cit. lege.*; nullo modo autem hic ad exceptionem confugiendum videtur, illud enim, quod rei pignori datae postea accreverit, acquirit creditor suo jure, cum hic etiam notissimae valeant regulae, accessorium sequitur suum principale, et quae sola ad hanc quaestionem decidendam sufficere videtur, *qui rem suam obligat, is obligat etiam ejus accessiones.* Observandum praeterea, accessiones rei obligatae creditori tum demum acquiri, cum natae sunt, donec ipsa res obligata adhuc erat in bonis debitoris, si enim natae fuerint apud tertium possessorem, in quem debitor rem oppignoratam alienaverit, creditor, quamvis actione hypothecaria ipsam rem repetere possit, accessiones tamen persequi non poterit, ut manifesto docet *L.* 29 *de Pign. et Hyp.* quo uno satis, ut videtur, apparet, debitorem accessiones obli-

gare non posse, nisi in quantum partem constituant rei suae. Accessionibus etiam adjicitur illa conventio, qua quis generali hypotheca omnia bona sua obligaverit, et praesentia et futura, tanquam hac etiam pignus in re aliena constituetur: quo casu eadem fere ratio, debitor enim non separatim, tanquam speciale pignus, obligavit res, quas deinceps acquisiturus esset, sed hujus conventionis ille tantum finis est, ut si quando bona ejus pignoris nomine distrahenda sint, non praecise creditor bona erogare possit ea conditione, qua erant tempore conventionis, sed ut eo temporis exstent ubi distractio obtineat, sive diminuta, sive etiam aucta. Idem dicendum de pignore gregis, ut enim verba Bachovii usurpemus (1). « Gregis unum tantum pignus neque capita gregis sed sine determinatione numeri grex obligatus censetur, qui recipit augmentum et deminutionem manente eodem pignoris jure » *L.* 6 *D. de Jud. et* 70 *de Usufr.*

Denique ultimo loco videamus de illo casu, quo debitor rem pignori obligavit, cujus verum quidem dominium non habet, sed tamen bona fide possidet, justa causa scilicet, ab eo quem dominum putabat acquisitam, ac nondum usucepit quidem, sed tamen ea tenet conditione ut

(1) *De Pign. et Hyp. Lib.* II. *Cap.* 5.

possit Publiciana uti; de quo casu agens Paulus docet creditorem, qui pignus a tali possessore constitutum habet, illud persequi posse contra quemcunque possessorem, qui id deteriore jure possidet. Ac fatendum, videri posse hoc exemplum ad exceptionem proxime accedere; si tamen diligenter attendamus qua motus fuerit ratione praetor, ut illam obligationem se tuiturum promiserit, apparet, ut videtur, de pignore in re aliena hic quoque cogitandum non esse. Ratus scilicet praetor, cum verus dominus ignoraretur, eum qui bonâ fide possideat, et possit jam Publiciana uti, habere jus dominio proximum vel, ut hac locutione utamur, esse alterum dominum, noluit illum ad quem res qualicunque de causa devenerit, eamque multo deteriore ju.e possideat, meliore esse conditione quam bonae fidei possessorem, eique igitur dedit actionem, qua fingitur rem usucepisse, quam revera nondum usucepit. Cum nimirum omne pignoris robur oriatur creditori ex jure quod debitor conventionis tempore habuit, praetori visum, eandem aequitatis rationem suadere ut veluti debitorem Publiciana ita creditorem Serviana contra fortuiti casus eventus, vel, fraudem aut vim defenderet. Omne igitur jus, quod habet creditor, tanquam fonte suo derivatur ex eo jure, quod bonae fidei possessori Publiciana

concessum. Ac veluti hic, quod veri domini proprium, rem a quocunque possessore vindicare potest, ita etiam tanquam dominus in ea pignus constituit: ut si exceptioni locus sesset in eo quaerendus videretur, quod ille qui revera dominus non sit ea facere possit, quae veri domini propria. Cum praeterea hic fortasse monuisse sufficiat, ut quis tanquam in re propria pignus constituere possit, non requiri ut plenum rei obligandae habeat dominium, sed tantum ut illam in bonis possideat.

Cum itaque in superioribus demonstrare conati sumus in re aliena nunquam recte pignus constitui, libet hic etiam apponere verba Justiniani, ex quibus colligi potest quantopere illud ab omnibus juris principiis abhorrere judicaverit; postquam scil. sanxerat nullum heredem pignori obligare posse ea, quae ipsi pure vel sub certo die relicta erant, magis illud confirmare cupiens jam addit «Sciat hoc quod alienum est non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile rem quam in suis bonis non habet eum posse hypothecae pignorisve nomine obligare.» Atque ut ex rei natura et juris principiis absurdum videtur posse quem rem alienam tanquam suam obligare, sic etiam dicendum si ad ipsam pignoratitii contractus in-

dolem respiciatur: inter primarios enim ejus effectus numeratur actio hypothecaria, qua creditor pignus sibi a debitore datum apud quemcumque possessorem persequi possit, hanc autem ut adhibere possit creditor semper probare debet se rem obligatam contractus tempore in bonis habuisse.

Quamvis autem ratione tertii de re aliena oppignoranda semper inutiliter contrahitur et quoad jus ad rem omnis ea de re nulla sit conventio, hoc tamen non impedit, quominus ex ejusmodi contractu validae inter ipsos contrahentes oriantur obligationes. Sunt autem hic duo casus distinguendi; vel enim hae obligationes ipsam rem obligatam spectant, vel tantum personales sunt, profluuntque, ut ita dicamus, ex contractu super aliqua certa re oppignoranda, vel ex conventione de contractu pignoratitio ineundo. Prioris generis sunt quod creditor soluto debito rem, quamvis alienam, restituere debeat, nec debitor ante solutam pecuniam eam repetere possit. Eidem observata distinctione quam fecit Paulus *L.* 34, § 4 *de Contrah. Emt.* ubi agens de casu, quo res furtiva vendita sit et contractus propterea ipso jure sit nullus, tamen inter contrahentes valere dicit, atque hanc addit limitationem: si emtor et venditor scierint rem furtivam, a neutra parte tum obligationem contrahi, ubi

vero solus sciverit emtor, venditorem non obligari; ac si venditor sciverit, emtor vero ignoraverit utrimque obligationem contrahi; quae fere, substituto in locum venditoris debitore, in locum vero emtoris creditore, casui nostro applicari possint. Quoniam enim contractus pignoratitius sit contractus bonae fidei, ipso jure nullus est si ab utraque perte mala fides adest, sed si haec tantum ab una parte reperitur cavendum ne alter ex alterius dolo damnum capiat. Nec potest creditor, pretio soluto, ad rem restituendam conventus opponere exceptionem dominii, quia nemo de dominio tertii excipere possit, cum praeterea huc etiam facere videntur quae habet ULPIANUS *L.* 22 § 2. *D. de Pign. Act.*, ubi praedoni qui rem furtivam obligaverit, conceditur actio hypothecaria ad fructus repetendos, quamvis eos suos non faciat. Nec ante pecuniam solutam debitor rem repetere poterit, quoniam alienam dederit, ita enim propriam turpitudinem allegaret.

Quod autem secundo loco attinet ad obligationes mere personales, quae ex tali contractu oriantur, res est plana, solitisque regulis de contractu pignoratitio conveniens. Ut enim omnis debitor, qui rem vitiosam pignori dederit actione contraria conveniri possit, ita omnino hac pulsari potest ille, qui rem alienam obligaverit, quae scilicet nullam praestet creditori securitatem. Quid

autem hac actione petatur, magna est inter juris interpretes quaestio, nonnulli enim putant ea id peti ut debitor aliam rem pignori det, cum vero alii existimant tantum agi ad id quod interest; atque hi quidem probabiles pro sua sententia adferunt rationes; ut enim observat GESTERDING (1), leges illae quae citantur ad probandum debitorem, qui rem alienam pignori dederit teneri ad aliam dandam, loquuntur tantum de actione contraria, quae creditori ita decepto competit, non tamen adjiciunt quid hac actione petatur; ac fortasse Jurisconsulti illud supervacuum duxerunt, quoniam contraria actione semper id agi solebat ut is cui illa competeret indemnis servaretur, sufficere arbitrati sunt tantum monere, dandam esse actionem contrariam creditori, quo facto facile ex aliis casibus quibus haec locum habebat, confici possit ad quid illa tenderet ac praeterea ex *Lege* 54 *de fidejc.* manifesto etiam apparet actione pigneratitia agi ad id quod interest. Eodem modo autem ut in emtione venditione, si res evicta fuerit, debitor nequaquam actione contraria ab venditore petere possit, ut loco rei evictae tradat rem aeque bonam, sed tantum ad id agere quod sua intersit, rem evictam esse, ita in pignore nulla ratio adesse videtur, qua cre-

(1) In opere *die Lehre vom Pfandrecht.*

ditor aliam rem sibi pignori dari posceret, debitor enim nunquam se obligavit ad aliam rem oppignorandam quam revera dederit, ut paucis ideo indicari possit ratio, quare non ad aliam rem tradendam agi possit dicendo. eam non esse in obligatione. Sed quaeri possit, quid igitur intelligatur sub eo quod interest, ac fatendum fortasse difficilius esse illud pro certo affirmare, putant nonnulli id quod interest, aestimandum esse tanti, quanti nomen debitoris minus valeat, quod reale jus pignoris in re pignori data non obtinuerit; sed videtur haec ipsa aestimatio difficillima. Res fortasse ita expediri possit, creditorem quidem praecise non agere posse ad aliam rem aeque bonam pignori dandam, verum quum defungatur debitor alio pignore constituendo et plerumque hoc ipsi utilius sit quam praestare id quod interest, usu receptum esse, hac actione contraria pignoratitia id peti, ut alia res aeque bona pignori daretur.

Atque hae quidem obligationes sunt, quae ex pignore in re aliena, quamvis proprie inutiliter constituto ratione contrahentium oriri possunt: ultimo nunc denique loco restat nobis demonstrandum, quomodo pignus rei alienae recte possit constitui, ut omni respectu valeat adeoque etiam detur creditori actio hypothecaria ad rem obligatam apud quemcunque pos-

sessorem persequendam; qui nimirum unicus casus tum locum habet, ubi dominus rei oppignorandae in obligationem consenserit. Ut enim nemo circa rem sibi non propriam aliquod jus exercere possit, ita et si quis rem aliquam obligat ex consensu domini, aeque valet ac si dominus ipse fecisset.

Consentaneum scilicet videtur, quoniam pignus dari possit pro aliena obligatione, posse etiam constitui in re aliena, si dominus ejus rei consensum dederit. Si autem dominus tantum consensit ut res sua pignori sit, sub certa conditione, vel obligationem ad certum tempus limitaverit, jus pignoris creditori necessario competere non potest, nisi existente conditione vel usque ad tempus definitum, sicuti enim est in *D.* efluxa. die actio quidem adhuc obtiebit, sed pacti vel lapsus temporis exceptione elidetur; deficiente autem conditione ipsa etiam actio deficit. Nec tantum expressis verbis voluntatem suam declarando, potest dominus obligationem rei suae validam efficere; sufficit modo tale quid fecerit ex quo tacitus ejus consensus colligi possit, ut apparet ex, *Lege* 26 *de Pign. et Hyp.* ubi sequens casus proponitur. Pater mutuam pecuniam accepturus a Septicio creditore, filio Sejo persuasit, quia scribere ipse impeditus erat, ut sua manu conscriberet chy-

rographum, quae continebatur oppignoratione domus ad se pertinentis. Quaeritur jam, utrum Sejus, si se ab hereditate paterna abstinuisset, hanc obligationem domus suae agnoscere debeat, cum patri neque signo suo neque alia scriptura consensum dedederit? respondit Modestinus, «cum sua manu domum suam pignori fore Sejus scripserat, manifestum esse se ei obligationi consensum dedisse,» idem docet *lex* 5. *Quib. Mod. Pign. vel Hyp.* ubi quis quod fidejusserit pro debitore, qui rem pignori dederit, dicitur ex eo ipso quod fidejubeat, bellissime intelligi mandare ut ressus pignori sit.» Porro nihil interest utrum dominus consensum dederit tempore conventionis initae, an vero obligationem rei suae deinceps ratihabuerit, *L.* 20. *de Pign. Act.* De tempore autem quo pignus ita ratihabitum incipiat juris effectus producere, magnopere dissentiunt interpretes, utrum scilicet haec ratihabitio retrotrahatur ad tempus contractus initi, an vero ab eo tantum valeat tempore, quo dominus consenserit. Nec adeo de hoc dubitatur, ubi tantum quaeritur quid hac de re juris sit inter creditorem et debitorem, hoc enim manifesto decidit Marcianus *L.* 16. *de Pign. et Hyp.* «si, inquit, nesciente domino res ejus pignori data sit, deinde postea dominus ratiha-

buerit dicendum est hoc ipso quod ratihabuerit voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit; » cui consentire videtur ULPIANUS, *Leg.* 20. *de Pign. et Hyp.* Sed illa quaestio tum maxime agitari solet, ubi dominus antequam pignus in re sua constitutum ratihabuerit ipse eam alii obligaverit, uter scilicet tum creditor censendus sit antiquior, secundum leges supra memoratas omnino potior esset habendus, cui constitutum pignus a domino ratihabitum. Videntur autem bis legibus Jurisconsulti solitam de ratihabitionibus normam secuti, ad hunc casum non respexisse. Nec potest dominus suo creditori jus ipsius adimere, ut alterius obligationem validam efficiat. Ratihabitio enim nunquam aliquid operatur in praejudicium tertii, cui pendente ratihabitione jus aliquod quaesitum est, et ratihabitio tantum retrotrahi potest illis casibus, quibus res tempore ratihabitionis eadem conditione est qua fuit contractus initi tempore.

Esset quidem ut hic etiam ageremus de illo insigni casu, quo pignus in re aliena constitutum convalescit, si is qui illud constituit deinde dominus rei obligatae exstiterit. Cum vero hic casus ipsius legis nostrae priore parte tractatur, magis opportuno loco, de eo videbimus, ubi hanc exponere aggrediemur, ad quod jam properamus.

Pars Altera.

§ 1.

Quae legis contineat expositionem.

Fragmentum autem Pauli quod hac scriptione tractandum suscepisse supra significavimus, sequentem in modum se habet.

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus exstitisti: Datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

Priore itaque hac legis parte ille casus obtinet, quo quis, qui pignus in re aliena con-

stituit, ejusdem rei deinde dominium acquirat, ex qua dominii supervenientia, pignus illud convalescit. Dicitur autem convalescere, ut BRISSONIUS (1) hanc vocem explicat, cum id quod ab initio non valuerit, aut in pendenti fuerit, ex postfacto confirmatur et vires recipit. Ex tali igitur contractu, quamvis ab initio inutiliter inito atque adeo nullo, rei in contractum deductae mutata conditione, validae eadem ratione atque ex perfecto oriuntur obligationes. Primo autem obtuitu, quominus pignus ita inutiliter constitutum, deinde valere incipiat obstare videri possit regula juris, *quod ab initio nullum tractu temporis convalescere non potest* (2); sed illi regulae hic locum non esse jam demonstravit BACHOVIUS (3), quoniam, ut ait, ea tum demum applicari potest, ubi de solo tractu temporis quaeritur, et nihil novi supervenit, ut hic dominium: cum praeterea non paucas habeat exceptiones; cui sententiae posteriores Juris Interpretes acquievisse videntur.

In universum igitur recte dici potest: convalescere pignus rei alienae, si debitor deinceps

(1) De verborum significatione *in voce.*

(2) *L.* 29. *de Reg. Jur.*

(3) *De Pign. et Hyp.* L. II. Cap. IV.

dominus exstiterit; res tamen si diligentius inquiratur, statim apparet cautius hic procedendum esse, ac distinguendum inter creditorem ignorantem et eum, qui sciens rem alienam pignori acceperit; aliisque collatis legibus in eo consentiunt plerique Juris Interpretes actionem hypothecariam ei tantum dari creditori, qui bona fide rem alienam pignori acceperit, cum putaret debitorem eam in bonis habere, neque illi competere, qui scivit rem, quam debitor obligabat, ipsi propriam non esse. Ratio autem hujus discriminis, facile, ut videtur, apparet. Postulabat scilicet aequitas, ut actio haec daretur creditori ignoranti, quia iniquum fuisset, debitorem, qui rem, quam in bonis non haberet, tanquam suam obligaverit, si postea revera ejus dominus factus esset, posse excipere se rem tempore obligationis in bonis non habuisse, ita enim propriam turpitudinem allegaret, et fraus ipsi opitularetur; at longe alia ratio est cum creditor res quam pignori acceperit alienam esse noverit, eo enim ipso quod rem vitiosam sciens acceperit, censendus est in illud vitium consensisse.

Atque ita quidem ratio reddi posse videtur, cur actio hypothecaria ignoranti creditori danda sit, neganda vero scienti; neque etiam apud Jurisconsultos desunt loca, quae hanc sententiam

confirmant; maxime vero ad opinionem suam stabiliendam adferunt viri docti *Leg.* 1. *de Pign. et Hyp.* quae ita se habet « Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuerit ei qui pignus dabat propria postea dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit, utilis actio dabitur, facilior erit possidenti retentio. » Vox enim *difficilius* hoc loco negandi vim habet, ut idem valeat, ac si scripsisset ULPIANUS actio utilis scienti creditori non dabitur; ad quod probandum viri docti alia loca ex D. excitant, quibus eadem loquendi ratio occurrit ut *Leg.* 38 *D. de Aedil. Edict.* ubi ita « frumentorum appellatione, an omne pecus contineatur, videamus, et difficile ut contineatur, nam aliud significant jumenta aliud significatur pecoris appellatione » et *Lege* 8 *de Coll. Bon.* ubi haec PAPINIANUS. » Benignior inquit est diversa sententia: maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur, quam tamen facilius admittendam existimo, si intra tempus delatae possessionis cautionem adferat, nam post annum, quam delata esset cautio, voluntariam moram cautionis admittere difficilius est. » His autem exemplis quibus et alia possent addi apparere videtur, jurisconsultos sententiam quam

magis probant opponere ei quam difficile admittendam dicant; atque tum maxima hac locutione uti quum ea sententia, quam non admittendam censeant, quamvis fortasse aequitatis ratione commendari possit, ideo tamen rejiciendam esse arbitrentur, quia altera stricti juris principiis magis conveniat. Neque illa ratio ferri potest quasi hac locutione significaretur hoc illudve proprie quidem admittendum non esse, sed debere tamen aliquando concedi; absurdum enim foret, ut ait Noodt (1), praetori licere facilem esse a difficilem, quod legibus aut moribus conceditur, petenti sine mora, quod prohibeatur, nunquam ne instanti quidem et saepius roganti indulgere eum oportet; accedit huc etiam, quod cum alii jurisconsulti hanc modestam dictionem usurparunt; tum praesertim illa respondendi ratione uti soleret Papinianus, hic enim ut notat Otto in Papiniano (2), qua erat modestia, raro dictatoris instar sed subtimide suas proferebat opiniones; quam sententiam, has locutiones ita negative esse accipiendas confirmant praeterea quae habet Brissonius voce *difficulter*.

Dissentit tamen Voet (3) multisqua allatis

(1) De Forma Emendandi doli mali Cap. XII.
(2) Cap. XV. § 8.
(3) *Ad Tit. D. quae res Pign. vel Hyp.* § 4.

exemplis probare conatur vocem *difficilius* hoc loco indulgendi vim habere ideoque actionem hypothecariam indistincte, tam scienti, quam ignoranti creditori dandam esse, quae tamen adfert exempla non videntur babuisse magnam auctoritatem apud juris interpretes, cum fere nullum nactus sit opinioni suae consentientem. Atque sane his omnibus, planius etiam apparere videtur, hac locutione tum maxime uti solitos fuisse Jurisconsultos, quum tanquam primi de aliqua re consulti, dubitanter sententiam suam emitterent, vel novam aliquam proferrent opinionem, quaeque ab usu fori fortasse paululum recedere videretur. Sed quamvis ita cautius significent quid sentiant, ne forte in arrogantiae suspicionem incidant, satis tamen clare ostendunt, illud quod difficile, aut difficilius fieri vel admitti posse contendunt, secundum suam opinionem, prorsus obtinere non posse. Eaque igitur semper illa sententia quam ita caute tiant, sequenda nobis, nisi fortasse adferri possint loca aliorum Jurisconsultorum in diversam partem inclinantium, neque uostro loco aliter jurisconsultis placuisse, demonstrari posse videtur. Licet enim hac ipsa lege, nulla facta distinctione, simpliciter dicatur si dominium rei alienae ad debitorem pervenerit, daudam esse utilem actionem, non tamen propterea Paulus censen-

dus est his verbis significare voluisse, scienti quoque creditori hanc actionem competere, illud enim *si* voluisset sine dubio disertis verbis indicasset; magisque omnino menti ejus conveniri videtur, ut censeamus eum hoc, tanquam satis cognitum, et de quo controversia oriri vix posset, diserte adjicere supervacuum duxisse: neque praeterea in eo enucleate tractando diutius morari consilium ejus ferre videbatur. Scilicet duo ipsi obversabantur casus, vel debitor successit domino, vel contra dominus debitori; ad hos erat respondendum, num utilis actio hypothecaria danda esset; quod cum prima specie affirmaverit, ne quis tamen altero casu idem juris esse patet jam ad hunc properat, et quid in eo obtineat, addita ratione, docet; atque ita quaestione quam tractandam susceperat, decisa, facile illam limitationem de sciente creditore, tanquam exceptionem, potuit omittere. Erantque praeterea hae indefinitae locutiones, ut animadvertit NOODT, (1) frequenter apud veteres in usu, quod probat tum citato loco ex Apuleo *de Philosophia*, *L.* 3. ubi de his indefinitis locutionibus agitur, tum vero etiam luculento confirmat exemplo quod occurrit, *Lege* 13 Ulpiani *de his qui not infam.* ubi ita scriptum

(1) De Forma Emendandi Doli mali, Cap. XII.

invenitur, « Crimen stellionatus infamiam irrogat, damnato, quamvis publicum non sit judicium.» Quo loco Ulpianus illud tantum demonstrare volens, stellionatus crimen, quamvis publicum judicium non sit, tamen irrogare infamiam non affirmat illud, semper irrogare infamiam, nullasve esse exceptiones, id enim ita non essa testatur ipse Ulpianus *Lege* 2. *de Stell.* qui igitur locus nostro simillimus videtur.

Si itaque ad Pauli mentem diligentius attendamus, nihil ejus verbis inest quod distinctioni illi ignorantem inter et scientem creditorem obesse possit, ut tuto affirmari posse videatur, Paulum si non disertis verbis observandam esse contenderit, tamen tollere eam nullo modo voluisse. Sed ratio itaque quaeri possit, cur tamen scienti creditori concedenda sit pignoris retentio, cum ipsi haec actio utilis denegetur. Est autem illa in promtu, sicuti enim in superioribus vidimus, quamvis pignus ratione tertii sit invalidum, et nullum ex eo jus creditori nascatur ad rem suam hypothecaria actione vindicandam, obligationes tamen ex eo descendentes ratione contrahentium subesistunt, iisque ab utraque parte standum est, possitque adeo creditor se exceptione pacti defendere. Neque huic retentioni concedendae obstare potest *lex* 1. *de Exc. Dol. Mal.* qua ita loquitur Modestinus

«enim vitiose vel inutiliter pignoris contractus intercedit, retentioni locus non est.» Voluit nimirum Jurisconsultus enim casum significare, ubi plane inutiliter esset contractum, scilicet de re sacra aliave, quae plane in conventionem deduci non poterat, quoniam in commercio hominum non erat; vel cum ipse contractus nullus sit, ut si essentiale aliquod requisitum desit, v. g. si initus est nullo contracto debito eove jam persoluto.

Hac igitur observata distinctione, pignore in re aliena constituto. si dominium debitori deinceps supervenerit, actionem utilem hypothecariam creditori competere satis ample, ut videtur, exposuimus, antequam tamen ad alteram legis partem pergere possimus, hic pauca de ipsa hac actione hypothecaria notanda erunt: quod hac occasione magis opportuno loco facere videmur, quam priore scriptionis parte.

Animadvertendum igitur primum, tam ordinariam actionem hypothecariam, quam utilem, originem trahere ex jure praetorio, ut constat ex *Lege* 17 *de Pactis* ubi actio, de pignore jure honorario nasci dicitur; et porro etiam ex *Lege* 23. *de Pign. et Hyp*; ac praeterea ipsa appellatio Serviance illud satis manifesto demonstrat. Neque obstat, quod Servius fuerit praenomen, cum Edicta vulgo a gente nomen sint sortita, illud enim non perpetuum fuisse

docet Cujacius, *L.* I. *Obs. C.* 14. ut et a Paulo est actio Pauliana, caeterum observat etiam Onuphrius in Libro de Antiquis nominibus: non semel contigisse, ut praenomina abierint in nomina gentium et familiarum; dedit autem hoc edictum Servianum longe faciliorem contractui pignoratitio modum, multasque ambages et difficultates juris sustulit. Ex nudo pacto enim contracta hypotheca nullum olim oriebatur jus reale, nec nisi obligationibus personalibus locum facere poterat, unde creditor rem sibi pignori datam persequi amissam non poterat. Sed ut reale jus ipsi posset competere necesse erat, pignus apud praetorem cedi a debitore, vel in jure Quiritum mancipari contracta fiducia, ut scilicet soluto debito ei remanciparetur. Qui contrahendi modus valde erat intricatus, requirebantur enim verba solemnia, quae non nisi a praesentibus pronuntiari poterant; debebant etiam adesse tamquam testes quinque cives Romani, praeter libripendem; nec mancipatio fieri poterat nisi coram praetore, nec locum habere nisi in rebus mancipi ac inter cives Romanos, Latinos et Julianos, ut auctor Ulpianus in fragm. *Tit.* 19. Quibus jam difficultatibus succurrit praetor: edicendo servaturum se hypothecas nuda conventione initas. Ac primum quidem, cum saepe obtineret ut colonis, nulla aliunde data

creditori securitate, parum fidei haberi posset, in agriculturae commodum illud de invectis et inductis sanxit; deinde ut latius hujus edicti utilitas pateret ad reliquarum rerum obligationes per interpretationem extensum. Quo factum ut duo jam edicta existerent ex utroque autem actio descendit, quarum ea quae ex priore orta est, quaque experitur creditor de rebus coloni, quae ipsi pignoris nomine pro mercede obligata sunt, Serviana proprie dicitur; altera vero, quae pertinet ad reliqua pignora hypothecasve persequendas, fertur sub nomine Quasi Servianae, quamvis tamen et haec, cum usu maxime invaluerit, simpliciter etiam Serviana dicatur. Putat autem VINNIUS (1) hanc Quasi Servianam non a praetore inductam esse; verum Jurisconsultorum ingeniis excogitata, et institutam ad exemplum ejus quae a praetore comparata et in edicto proposita erat. Sed refutat hunc NOODT (2) qui contendit duobus edictis has actiones fuisse propositas: unum Servii cujusdam incogniti alterum praetoris alicujus a veteribus nusquam proditi; ad quam sententiam probandam adfert legem 5 *Cod. si aliena res pign.* ubi haec actio Quasi Serviana alia dicitur ordinaria alia vero utilis,

(1) Ad § 7. *Inst. de Act.*
(2) Ad *Tit D. de Pign. et Hyp.*

quarum illa venit ex edicti verbis, si res contractus tempore erat in bonis debitoris; haec vero ex edicti sententia, cum rei alienae pignori obligatae dominium debitori postea supervenit, ut hoc ipso nostro loco obtinet, item *Legem* 6 *eodem tit.* et *Legem* 16 *de usuris.* Ac fatendum si attedamus ad verba, quae occurrunt § 7. *Inst. de Act.* ubi tam quasi Serviana quam Serviana ex *praetoris jurisdictione substantiam capere dicitur*, magis esse ut Noodtii accedamus sententiam. Videtur autem Vinnius eo maxime inductus esse, ut Quasi Servianam prudentum interpretationi deberi contenderet, quod haec actio aliquando utilis dicatur, verum quamvis a praetore inducta potuit haec omnino ratione Servianae propriae utilis appellari; ut enim ipse ad § 16. *Inst. de Act. Nox.* docuit; omnis illa actio utilis est, quae deficiente, stricti juris ratione ex aequitate introducitur; jam nihil obstare videtur, quin etiam illa actio utilis dicatur, quam per interpretationem suadente aequitate ad exemplum antiquioris alicujus edicti alter praetor induxit. Atque omnibus illis legibus, quas adfert Vinnius ad sententiam suam probandam, occurrit quidem mentio talis utilis actionis, non tamen additur, aut aliunde apparere videtur, utrum praetori alicui, an vero prudentum interpretationi originem debeat. Actio au-

tem haec quasi Serviana quae competebat adversus quoscunque possessores qui pignus possidebant, aut dolo malo possidere desierant, ut docetur *Leg.* 16 § 1 *de Vind.* et *Leg.* 3 *de Pign.*, finis erat ut qui ea convenirentur necesse haberent vel creditoribus solvere vel rem restituere: alioquin quanti res erat condemnabantur. Creditori autem, qui ea ageret, primo probandum erat se jus pignoris habere, secundo possessionem ejus rei esse penes eum qui conveniretur. Plura de hac actione videre licet apud Negusantium (1), Bachovium (2) aliosque, nos haec pauca nostro consilio sufficere arbitrati jam ad alteram legis nostrae transimus partem.

Postquam igitur, exposita priore hujus legis parte, vidimus quid juris sit, cum is qui rem alienam pignori dederit ejusdem deinceps dominus existat, jam, ulterius Pauli effatum hoc fragmento enuntiatum interpretando, inquirere debemus quid tum statuendum ubi inversa ratio

(1) Tractatio *de Pign. et Hyp.* Parte octava. In Ocean. juris. Tom. VI Part. I.

(2) *De Pign. et Hyp.* Lib. IV. C. I. Lib. V. C. XV. Vid. etiam Schulting. *Thes. Controv.* d. l. Noodt, ad Tit. D. Quae res Pign.

obtineat. Est autem hic locus multis agitatus controversiis, ut variis modis in eo explicando versati sint juris Interpretes, inque diversissimas abierint sententias: cujus rei causa exstitit praesertim *Lex. 22 de Pign. et Hyp.*, utpote contrariam Pauli sententiae continens decisionem, ad quas leges tum conciliandas, tum dijudicandas, varias tentarunt viri docti rationes. Nos quidem, has primo omittentes, nisi fortasse eam ipsius legis expositione arctius cohaereant, ipsis verbis Pauli, quantum fieri poterit, diligenter exponendis, ejus mentem adsequi conabimur, ut ita quid sibi voluerit indagemus; quod ubi absolverimus deinceps collata *Lege* 22 Modestini. de virorum doctorum opinionibus referemus.

Paulus itaque quum priore casu utilem hypothecariam actionem concedendam dixerit, jam ad alterum illum progreditur, quo is, cujus res sine ipsius consensu pignori data est, succedit illi qui eam obligavit, eoque aliud juris esse, addita ratione, ostendit. Neque hujus discriminis ratio longe quaerenda videtur; sed diligenter utrumque casum inter se comparanti statim apparet. Quamvis enim contractus pignoratitii primaria sint requisita, tum ut exstet aliquod debitum in cujus securitatem pignus detur: tum vero etiam ut is qui pecuniam debeat dominus sit rei obligatae, non tamen haec, etsi per aditam

hereditatem apud eundem concurrant, sufficiunt ut pignus rei alienae recte convalescere possit. Nisi enim idem cui dominium supervenit de pignore constituendo convenerit, omnis pignoris obligatio quoad jus reale nulla, ut ratione actionis hypothecariae non producat effectus; quae etsi contractus pignoratitii naturae convenientia, necessario ita debent obtinere; ideo tamen notanda duximus, quoniam, licet nonnullis aliter visum, omnis legis nostrae decidendae ratio ex iis pendere videtur. Cum scilicet casus, qui priore legis parte occurrit, et is qui hac parte proponitur caeteroquin in omnibus conveniant, nullaque inter utrumque obtineat differentia, nisi quod in priore pignus constitutum erat conventione ejus cui dominium supervenit, in altero vero is fit debitor cujus res pignori data, necessario inde etiam sequi videtur, ut quae sola obtinet inter utrumque casum differentia; sola etiam idonea possit reddi caussa diversi juris, quod in utroque locum habet. Et revera, si indagemus rationem, quae Jurisconsultum priore casu ad utilem actionem dandam permoverit: in sola conventione ab herede de pignore inita eam positam invenimus. Ut enim semper omnis utilis actio ad aequitatis curam pertineat, ita et ibi propterea concedenda erat, quod iniquum videretur eum qui de re oppignoranda tan-

quam sibi propria contraxerat, deinceps, postquam revera dominus exstitisset rei a se obligatae, ab creditore ad eam tradendam conventus jam excipere posse se rem obligatam tempore conventionis in bonis non habuisse, eo enim ipso quod cum ignorante creditore de re aliqua oppignoranda contraxerit, censeri debet tacite ipsi fidem praestitisse illam sibi propriam esse, cum alioquin nullam ex eo pignore securitatem creditor habuisset, neque credibile enim hoc modo contracturum fuisse; ut omnino debitori, qui ita exciperet, doli exceptionem replicare posset. Illo igitur casu aequitas suadebat ut subveniretur credetori contra debitoris improbitatem; quo factum ut Jurisconsultus utilem actionem illo casu concedendam esse affirmaverit; in hoc vero longe diversa ratio obtinet, heres enim qui de re sua oppignoranda nunquam contraxit, sed tantum adita hereditate illam obligationem pro qua pignus datum est in se suscepit, recte ad eam tradendam conventus dominii exceptionem allegare poterit, quia tempore contractus res in bonis defuncti non erat, neque huic auctor exstitit aut consensum dedit ut in re sua pignus constitueret nullam igitur turpem caussam actioni resistendae allegat nullaque in eo fraus aut mendacium actionem utilem creditori dandam suadet.

Ac quamvis haec legis nostrae interpretandi ratio simplicissima videatur, eamque plerique juris interpretes secuti sint, fuerunt tamen nonnulli, qui aliam ejus exponendae rationem proposuerint. In his igitur primus memorandus Petrus Faber (1), contendit hic nimirum rationem decidendi vel discrimen inter utrumque casum in eo quaerendum esse, quod priore pignus constitutum sit ignorante tantum domino rei obligatae, posteriore vero eo sciente atque adeo resistente. Peculiarem scilicet tribuens sensum verbis *sine mea voluntate* contendit jurisconsultum significare voluisse heredem, ubi defunctus pignus constituit, restitisse quominus res sua pignori daretur, imo creditori denuntiasse ut sibi caveret, quoniam debitor rem quam obligaret in bonis non haberet. Quae si admitteretur interpretatio duae occurrerent hac lege facti species: una in qua dominium rei obligatae supervenisset debitori qui rem alienam ignorante domino pignori dederat: altera vero qua debitor deinceps dominus extitisset rei quam obligasset sciente ac resistente domino. Longe igitur aliud hoc fragmento consilium habuisset Jurisconsultus, quam secundum eam interpretationem, quam supra secuti sumus, quamque non

(1) Semestrium. Cap. 17. Lib. II.

deserendam arbitramur. Rem enim si diligenter attendamus, utrum quid ignorante aliquo, an eo sciente ac resistente fiat nostro loco eodem redit. Ubi enim actus aliquis voluntati alterius accommodari debeat, non sufficit hunc fieri eo ignorante, sed requiritur ut diserte in eum consenserit. in omnibus enim illis actibus; qui rescindi possint, quod consensus eorum quorum requirebatur datus non est, non quaeri solet utrum perpetrati sint iis insciis, sed id tantum utrum consensum dederint.

Neque exemplis, quae adfert FABER ad sententiam suam stabiliendam, multum probare videtur: ex plurimis autem quae citat ex antiquis auctoribus, poetis etiam, ad ea tantum attendemus quae desumta ex jurisconsultorum fragmentis, hic maximi videntur momenti, ut iis, quid nostro loco statuendum sit, dijudicari possit; confert itaque duas leges PAPINIANI quibus eodem modo distinguendum contendit: sunt autem hae *Lex 6 ad Legem Juliam de Adult et Lex 37 eodem.* scilicet prima lege occurrit rescriptum, quo dicitur, filiusfamilias etiam invito patre ex hac lege reum facere posse, altero fragmento testatur PAPINIANUS, ex eadem lege filium minorem agere posse, etiam sine voluntate patris; nec quidem negari potest, utraque lege idem indicari, quod tuto

concedi posse arbitramur imo illum locum nostro esse simillimum, utrumque enim ponatur invito patre, an sine ejus voluntate eodem redit; omnia enim quae minores facere possunt sine voluntate patris, id est voluntate ejus non explorata, eoque ignorante, facere etiam possint eo invito vel contra expressam ejus voluntatem, quoad effectum in jure enim hoc nihil interest. Non videtur itaque Papinianus leptote figura usus esse ut, cum scriberet sine ejus voluntate intelligi voluerit quasi dixisset eo invito; sed ideo sine voluntate posuisse, quod illud sufficere statuerit ad indicandum filium, ut ex hac lege agere possit, patris consensu non indigere, atque idem nostro loco obtinere statuimus ut enim id jam paucis comprehendamus, nemo rem alienam oppignorari potest sine consensu ejus domini, hic ubi deficit, utrum pignus constituatur eo ignorante, an vero eo sciente nihil ad rem facit. Nec potest nobis objici, quod ut allatis jurisconsultorum exemplis demonstravimus, sufficiat modo datus sit tacitus consensus moneri enim vix operae pretium hunc consensum etsi tacitum, ex aliquo tamen domini facto conficiendum esse.

Ex quibus satis ut videtur apparet, interpretationem, quam proposuit Faber, ferendam non esse, sed potius, ut, jam diximus eam servandam qua cardo quaestionis in eo vertitur, utrum is,

cui dominium supervenerit, ipse de pignore convenerit; quo manifesto etiam pertinent ultima legis nostrae verba *sed si convenisset caet.* Haec enim verba licet sane fatendum, subobscurius, quid iis sibi voluerit Paulus significasse, et quaeri sane primo abtuitu possit quo sint referenda, si tamen mentem jurisconsulti diligenter attendamus, facile eo deducimur ut Schultingii (1) auctoritatem secuti ea ad heredem necessario pertinere arbitremur. Quamvis enim ex adjectis verbis, *non sufficit eundem esse dominum qui etiam pecuniam debeat* satis intelligatur, Jurisconsultum propterea, utilem actionem creditori negare, quoniam heres ipse de pignore in re sua constituendo non convenerat, ac sine improbitate excipere posset rem obligatam tempore conventionis in bonis debitoris non fuisse, noluit tamen hanc rationem quemquam latere posse, ideoque disertis verbis adposuit pignus tum demum utiliter potuisse convalescere, si heredis conventio de pignore intercessisset. Putat quidem Bachovius (2), his verbis reddi rationem inter utrumque casum discriminis, sed refutat hunc Schulting d. l. et sane difficilius

---

(1) Notae ad Pandectas *Tom* III pag. 192. ubi de hac lege agitur.
(2) *De Pign.* L. II. 6 4. N. 8.

haec verba ad prius legis membrum referri posse videntur; sed commodius sane continuo cum hac altera parte conjunguntur, quo etiam facere videtur verborum collocatio *non sufficit eundem esse dominum qui etiam pecuniam debeat sed si convenisset* cet. Quibus, de his ultimis verbis animadversis, legi exponendae hic etiam finem imponemus, praesertim etiam quod multa huc pertinentia magis opportuno loco moneri poteunt, ubi sequenti § agemus de variis Doctorum virorum ad legem nostram cum *lege* 22 Modestini conciliandam opinionibus.

§ 2.

In qua Pauli fragmentum confertur cum Lege 22 de Pign. et Hyp. ex Lib. XII Modestini Differentiarum.

Ad eum igitur tandem pervenimus locum, quo, ut supra significavimus, propositum nobis erat Pauli fragmentum quod huic scriptioni argumentum suscepimus, cum altero Modestini ex ejus *Lib* XII Differentiarum conferre, variasque de

his legibus doctorum virorum opiniones recensere. Quamvis enim si casum legis nostrae attendamus, rationesque quas suae sententiae reddat Paulus nobiscum reputemus, facile sententiae ejus accedamus. imo nullum dubitandi locum relinqui arbitremur, aliud tamen Modestino placuisse videtur.

Secundum eam nimirum opinionem, quam hodie sequuntur plerique juris interpretes; casibus qui in utraque lege occurrunt diligenter collatis, observatoque consilio quod habuerit uterque Jurisconsultus, fatendum vix ullam, ne dicamus nullam, apparere idoneam harum legum conciliandarum rationem; multis tamen aliter visum, ac dici vix potest, quot et quam varias, ad has leges in concordiam redigendas, tentarunt viri docti rationes. Nos autem ut in re tam lubrica, nostrum secuti consilium, aliquid statuamus nequaquam committemus; sed illud tantum agemus, ut Juris Interpretum opiniones enumeremus, ac singulis rationes adjiciamus, quibus illae ab aliis impugnatae sunt, ac ultimo denique loco quid hodie maxime placeat tradamus. Nec ipsam Modestini legem de industria exponere conabimur, sponte enim deducemur ad ea memoranda quae huc pertineat: continuo itaque jam ad ipsas legum nostrarum conciliationes pergimus.

Inter alias igitur, ut a plurimis adoptata, et quantum novimus antiquissima, occurrit primo loco illa, quam in nota ad legem nostram proposuit Accursius, quamque post illum secuti sunt reliqui Digestorum glossatores; secundum hanc autem diversae actionis in utraque lege occurreret mentio, essetque Paulus intelligendus de actione hypothecaria in rem, cum vero Modestinus loqueretur de actione pignoratitia contraria in personam; qua ratione, inter leges nostras nulla esset pugna. De industria autem hanc sententiam adstruxit celeberrimus NOODT (1), qui contendit Juris Architectas lapsos errore pignoratitiae, Pauli ac Modestini leges inverso ordine in digestis collocasse. Legem itaque Modestini de actione contraria Pignoratitia accipiens, eam ita exponit, ut doceat Modestinus pignus quidem directo, id est ipso jure, sua sponte, non convalescere, sed quoniam debitor de re aliena oppignoranda cum creditore convenerit, se contrario judicio obligaverit, heredem omnino ad pignus confirmandum recte posse conveniri; at verendum dicit SCHULTING (2) ne Modestinus intellexerit utilem hypothecariam, quod suadet etiam titulus sub quo lex 22 collocata est.

(1) De Forma Emendandi doli mali Cap. XII.
(2) Theses Controv. *Dec* 77.

Atque praeterea obstare videtur, quod ita tractaret MODESTINUS quaestionem, quae omnino nulla est, heredem enim personales obligationes defuncti in se suscipere, indubitati juris est, primaria enim regula quae in successionibus fertur, heredem defunctum in omnibus actibus repraesentare, ac cum eo pro una eademque persona censeri ad nullas nisi ad obligationes personales referri possit (1). Cum contra ipsa loquendi ratio qua utitur MODESTINUS satis ostendit eum agere de re, de qua quaeri posse noverit, dicit enim pignus *directo quidem* non convalescit sed *dabitur*, caet. Praeterea illud obstare videtur, quod actio contraria, quae contra heredem competeret, non esset utilis sed omnino directa, neque enim videtur admitti posse quod dicit NOODT (2), contrariam actionem propterea directam non esse, quod ad subtilitatem attendentibus non potest valere bonae fidei contractus qualis pignoratitius, in quo dolus malus alienae rei oppignorationе admissus est: tum enim maxime actio contraria locum habet, cum pignus per se non consistit, atque in id ipsum valet, ut debitor indemnis

(1) Neque ut dicit SCHULTING notae ad Pand. d. l. PAULUS negasset heredem contraria pignoratitia conveniri posse.

(2) De Forma Emendandi doli mali Cap. XII.

servetur; quod pignus a debitore constitutum, per dolum ejus, quod alienam rem dedit, nulliter initum sit, neque ut animadvertit VAN NISPEN (1) ulla idonea ratio reddi possit, quare cum actio in defunctum directa competeret creditori, contra heredem utilis tantum daretur.

Ulterius etiam progreditur WIELING (2) qui non tantum in Modestini fragmento verum etiam in Pauli lege utilem pignoratitiam pro utili pignoratitia contraria accipit, monetque speciem, quam habet Paulus, intelligendam esse de actione contraria, quae oritur ex pignore confirmato, cum Modestinus contra loquatur de utili, quam solus parit defuncti contractus; sed praeterea quod ex tota Pauli lege manifesto appareat eum loqui de actione hypothecaria in rem, illud etiam confirmatur ex collato BRISSONIO (3), qui hypothecariam actionem eam esse dicit, quae creditori pignoris persequendi caussa datur, citatque quaedam jurisconsultorum loca ad hanc definitionem

(1) Dissertatio ad Fragmenta, quae in DIGESTIS ex HERENNII MODESTINI IX Libris Differentiarum supersunt defensa Lugd. A° 1752, Cap. VIII. In Ger. Oelrich. Dissert. Jurid. select. in Acad. Belgic. Habit. Vol. 1. pag. 67.

(2) Praetermissa a REINOLDUM in *Jurisprud. Restituta* pag. 240.

(3) *De Verb. Sign.* Sic voce.

illustrandam ut *Legem* 14 *de Pign. Act.* ubi Quasi Serviana dicitur actio qua creditores pignora sua persequentur; ac multa plura; et porro non apparet qua ratione inter Paulum et Modestinum ita posset distingui, ut ille loqueretur de utili ex pignore confirmato descendente, hic vero de pignore ex ipso contractu defuncti.

Aliam harum legum conciliandarum viam ingressus est Petrus Faber (1), Paulum et Modestinum, diversum casum tractare dicens; illum enim utilem hypothecariam negare contendit, quoniam agat de pignore rei alienae constituto contra domini voluntatem expressam, eoque resistente ne res sua obligaretur; cum hic contra eum casum ob oculos habuerit, quo res aliena tantum oppignorata ignorante domino (2). Quam Fabri interpretationem ideo hic paucis absolvemus, quoniam priore hujus partis § latius de ea egimus; ut moneri hic sufficiat quae ibi pluribus demonstrare conati sumus: quamvis verba, sine mea voluntate, in Pauli lege eo sensu accipiamus, quo ea intelligi vult Faber, tamen inde nullam idoneam discriminis rationem oriri posse;

---

(1) Semestrium. Lib. II Cap. 16.

(2) Quam sententiam sequitur etiam Voet. *Comment. ad Pand.* Lib. XX, T. 3 § 5, et Huber *Praelect. ad Pand.* eod. Libr et Tit. § 2.

quod enim in iure aliquo ignorante fieri potest id est, consensu eius non petito, eodem modo etiam contra expressam eius voluntatem recte etiam perficitur.

Subtilis omnino ea ratio videri possit, quam proposuit Duarenus (1) qui contendit opiniones, Pauli ac Modestini minime esse contrarias sed dictum alterius ab altero velut exceptione quadam suppleri ac declarari. Actio nimirum quam Paulus priore legis suae parte concedit, altera vero denegat, accipit pro hypothecaria simpliciter sic dicta, seu quasi Serviana directa, quam utilem hic vocari dicit ratione actionis Servianae de Inductis a colono ad cujus exemplum recepta est. Quo statuto conficit Modestinum Paulo omnino consentire, cum etiam dicat pignus ex post facto, directo quidem non convalescere; sed tantum ulterius progreditur ac utiliter agi posse affirmat; quod ut ait Duarenus Pauli tempore nondum erat receptum. Verum Lex Pauli nequaquam explicari possit de quasi Serviana directa, seu ex verbis edicti, manifestum enim hanc neque priore legis parte obtinere potuisse, creditor enim rem obligatam tempore conventionis fuisse in bonis debitoris nullo modo probare poterat. Quod ipse Duarenus etiam sen-

(1) Observ. L. XIX Cap. 26.

sisse videtur. Praeterea ex tota Pauli lege satis, ut videtur, apparet Paulum nullo modo de directa loqui hypothecaria, sed omnino de utili quam propter aequitatis rationem priore casu concedit, eaque deficiente, altero denegat. Neque illa distinguendi ratio inter Pauli ac MODESTINI aetatem, ut supra latius videbimus multum efficere possit.

Cum maxime distinguendo hanc rem expedire conantur juris interpretes hanc etiam viam tentarunt ut dicerent: interesse, utrum contra ipsum debitorem an vero contra tertium possessorem hypothecaria agatur, quod protulit Bocer. Sed hanc sequentem in modum refutavit BAEHOVIUS. Ex hac sententia actio hypothecaria vel negatur contra possessorem et conceditur contra heredem, vel datur adversus heredem negatur vero adversus ipsum dominum. Ac omnino magis esse videtur ut competat haec actio contra heredem, qui defunctum in omnibus debet repraesentare. Neque tamen illud rationi jurisconsulti convenit. Simpliciter enim dicit pignus convalescere, ut cujusque possessio sit eadem ratio maneat. Atque omnino hoc ita esse videtur, simulae enim datur utilis actio confirmatur realis jus, quod habet creditor in re oppignorata, cumque, ut juris principiis consentaneum, hoc onus rei inhereat eamque apud quemcunque possessorem sequatur, arbitrarium omnino

esset, nec admittendum hoc casu tantopere a juris placitis discedi.

Sunt et alii qui Paulum de juris rigore accipiunt, cum contra Modestinus de aequitate loquatur. Sed praeterea quam etsi hoc admitteretur, omnino tamen dissentirent ambo jurisconsulti, ferri posse non videtur, ex tota enim lege Pauli manifestum, eum non tam summum jus spectasse quam magis aequitatem, praeterea enim, quod omnis utilis actio ad aequitatis curam pertineat, de hac loqui Paulum manifestum ex ultimis legis ejus verbis, difficile enim ut aliquem actione teneri, ne ex mendacio possit argui ad aliud quid, quam ad aequitatem referratur.

Ultimo loco illa nobis restat inspicienda conciliandi ratio, olim a Charonda (1) proposita, quaeque una omnium maxime nobis placuit. Legem autem Modestini ita explicat, ut eundem quidem casum ob oculos habuerit quam Paulus, eoque idem juris esse dixerit, sed tantum ulterius progrediatur; docet enim, quamvis pignus inde non convalescat, quod is cujus res praeter suam voluntatem pignori data sit heres exstiterit illi, qui eam obligavit, si tamen heres post mortem defuncti cum creditore de pignore confirmando pac-

(1) Verosimilium. Lib. I Cap. 20.

tus sit, nullem dandam esse actionem. Ut autem melius quid sibi voluerit CHARONDAS cognoscatur ipsa ejus verba apponemus. « Eqnidem existimo MODESTINUM Paulo optime conciliari posse si eorum scripta subtilius conferantur. Ait enim ille heredem pignoratitia ex defuncti contractu non teneri, quamvis ipse sit rei obligatae dominus, quod si heres ipse de pignore convenisset, ind est pactus cum creditore aliquo modo fuisset adeo ut si pignus deneget ex mendacio arguatur, improbe resistere quominus utilis actio moveatur. Atque ex hoc postfacto ait MODESTINUS pignus directo quidem non convalescit sed utilis dabitur creditori.» Quam conciliationem primum admittendam arbitrabamur, verum postea, neque hanc ferri posse comperimus. Pignus enim a defuncto initum quoad jus reale nullum est, et quasi nunquam initum. Heres itaque contraria actione pignoratitia conventus, si paciscitur cum creditore ut eadem res quam defunctus obligavit pignori sit dici quidem potest pignus defuncti confirmare, sed si tamen subtilius quaeratur, novum omnino in re sua pignus constituit, ut ita satisfaceret obligationi quae ipsi tanquam heres incumbebat; ex hac igitur conventione omnino hypothecaria directa conveniri potest. Praeterea si MODESTINUS illud voluisset, quod CHARONDAS ipsi tribuit, sine dubio mentem suam clarius indi-

casset, cum non nisi latissima interpretione per verba *ex post facto* intelligi potest conventio post defuncti mortem cum creditore de pignore confirmando inita, cum contra tanquam adverbialiter positum multo facilius referatur ad id quod postea accidit, nempe dominum rei obligatae heredem factum esse ejus qui pignus constituit.

Cum aliter has leges in concordiam redigi posse non arbitrarentur fuerunt nonnulli qui ad Textus emendationem confugerunt, sic rem expedire volentes. Alciatus nimirum vulgatam lectionem Pauli fragmenti ita immutare conatus est ut pro *non idem dicendum* legendum conjecerit *num idem dicendum*; paucos tamen suae sententiae consentientes naetus est. Neque etiam illa lectio, magnopere se videtur commendare. Totam enim legem attente legenti statim apparet sequentia verba, *hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori*, cum interrogatione illa loquendi ratione nullo modo convenire. Manifestum Paulum his confirmare illud quod in antecedentibus affirmaverit, alioquin enim eodem modo pergere debuiset ac scribendum fuisset: estne hoc modo pignoris persecutio concedenda? vel simile quid. Quod autem in lege Modestini pro *obligaverit* Holoander legi voluit *obligaverat* ac J. a Porta *pignore obligaverat*

non multum ad rem facit, quamvis enim hae lectiones admittantur idem tamen sensus manet; atque praeter has nullas virorum doctorum emendationes deprehendimus.

Omnibus igitur legum nostrarum conciliationum nulla ut videtur satis firmis nititur argumentis, singulaeque validis de rationibus a viris doctis rejectae sunt quapropter nihil superesse videtur, quam ut ingenue fateamur illam pugnam Paulum inter et Modestinum agnoscendam esse, quam opinionem etiam sequuntur recentiorum plerique. Quod autem attinet ad rationem hujus dissensionis omnino probabilis videtur sententia SCHULTINGH (1). Ut nimirum Modestinus magnopere aequitatis studio ferebatur, nostro etiam casu illam magis quam Paulus respexisse videtur, vel ut fortasse melius dicamus, illam latius extendendam arbitratus est non enim, ut supra jam vidimus, illud recte dicitur quod cum Modestinus decisionem suam aequitati accommodaverit, Paulus contra de rigore juris sit accipiendus. Manifesto enim quoque Paulus aequitatis rationem habuit sed tantum videtur stricto juri arctius adhaerens, id quod hujus principiis aliquatenus possit obstare nequaquam admittendum censuisse; Modestinus con-

(1) Notae ad Pand. d. l.

tra minus severi judicii, id quod ipsi aequius videretur ad summi juris subtilitatem non tam anxie exegisse. Quam igitur, aequitatis rationem Modestinus secutus sit supra fortasse latius videbimus ubi de illa agemus quaestione quae igitur sententia sequenda, quam tamen nequaquam dijudicare conabimur sed tantum pauca huc pertinentia notabimus.

Sunt qui solam Modestini sententiam auctoritatem valere contendunt, utpote Paulo junioris, cujusque fortasse aetate receptum erat ut eo casu utilis daretur hypothecaria, quo, tempore Pauli, nondum obtineret. Quod si admitti possit multum faceret ad totam hanc Jurisconsultorum dissensionem, nisi plane tollendam magnopere tamen sublevandam. Verum aetatem Modestini Pauli aetatem satis longo temporis spatio excessisse, ut haec in jure conversio cum aliqua veritatis specie cogitari possit, non satis firmis, ut videtur, argumentis probari possit. Quum tamen hac de re dissentiant viri docti, atque cum quaestione nostra arctissime cohaereat, paulo diligentius illud nobis despiciendum erit. De Pauli autem aetate non dubitatur, cum eum Ulpiani fuisse aequalem atque igitur sub Alexandro Severo floruisse satis constat. Scribit nimirum Rutilius Vitae Jurisc. *Cap.* LXXII. hunc Papiniani fuisse assessorem, atque a concilio, dein vero

principi a memoria, perque hos gradus ad praetorii praefecturam pervenisse, eademque familiaritate societateque ac gravitate atque honore et consilii munere, quibus ULPIANUS apud Alexandrum floruisse, cum et aliunde illud constet. Minus vero facile est definire quo tempore vixerit Modestinus. ULPIANUS quidem eum studiosum suum vocat *Lege* 52. de furtis eumque jam sub Alexandro innotuisse certum est praeterea ex *lege* 10. *Cod. ex quib. caus. infamia irrog.* atque omnem dubitandi locum hac de re praeripuit monumentum aliquod apud FABRETTUM exstans (1) et citatum a VAN NISPEN (2) ita autem se habet

HERCULI SACRUM POSUIT

P. CLODIUS FORTUNATUS. Q. Q. PERPETUUS HUJUS LOCI

INTERLOCUTIONES

AELI FLORIANI HERENNII MODESTINI FALTONI RESTITUTIANI PRAESI. VIGIL. P. P. V. V.

Monimentum enim habet decisionem Modestini pertinentem ad controversiam, quae, ut patet ex altero fragmento, quod habet FABRETTUS *Pag.* 279 agitata erat decem et octo annos ante dictam sententiam ab anno scilicet 226 ad annum

(1) Inscript. pag. 278.

(2) In laud. Dissert. Cap. I.

244. Alexander autem ad imperium pervenit anno 222, anno 235 interemtus est Modestini, itaque aetas in Alexandri regnum incidit. Ex hac autem inscriptione porro etiam colligitur Modestinum fuisse praesidem Dalmatiae quod optime congruit cum citata *Leg.* 52. de furtis ubi dicit Ulpianus se Modestino de Dalmatia consulenti rescripsisse, pro quo alii legere volunt se Modestino Proconsuli perscripsisse. Litteras autem P. P. V. V. saepe in antiquis monumentis pro *perfectissimi viri* poni, eumque esse titulum, qui vulgo praesidibus provinciarum praesertim Dalmatiae dabatur, satis ut videtur idoneis rationibus et exemplis demonstrat Van Nispen. d. l. Porro videtur etiam Modestinus habendus inter eos qui Alexandro erant a consilio, cum in numerum eorum qui hoc consilii erant participes eum referat Lampridius (1) Tentavit quidem hujus loci integritatem vir celeberrimus Salmasius animadvertens cum reliqui Jurisconsulti qui ibi memorentur splendidis elogiis ornentur, octo ultimo inter quos et Modestinus solis nominibus indicari, ex quo jam conficit hos omnes per errorem caeteris esse additos neque Alexandro in concilium vocatos fuisse. Quam tamen Salmasii opinionem refutat Casaubonus observans quam-

(1) In Alexandr. Sever. Cap. ult.

vis non singuli peculiari elogio insignientur post eorum nominum recensionem tamen laudabili testimonio decorari, cum dicatur: hi omnes juris professores, discipuli fuerunt splendidissimi PAPINIANI et Alexandri Imperatoris familiares ac socii. Praeterea hos octo necessario referendos esse in numerum illorum qui Alexandro fuerint a consilio eüsm illa facit ratio quam protulit VAN NISPEN; LAMPRIDIUS scilicet *Cap.* 16 de Alexandro loquens dicit neque ullam constitutionem sancivit sine viginti juris peritis et doctissimis ac sapientissimis viris, iis vero quos spurie adjectos contendit Salmasius demtis, tantum octo supersunt; ut illa Salmasii objectio non sufficere videatur ad integritatem hujus loci debilitandam.

Apparet igitur MODESTINUM non tantum tempore Alexandri innotuisse, verum hujus imperatoris aetate jam adeo auctoritate valuisse atque dignitate, ut summis afficeretur muneribus. Ex quo probabiliter confici potest regnante Alexandro eum jam satis provectae aetatis fuisse, cum credibile non sit eum juvenem vel juventutem paene egressum talibus muneribus ornatum fuisse. Atque his rationibus recte ut videtur MODESTINUS atque Paulus dici possunt aequales; atque si fortasse MODESTINUS aliquo temporis spatio Paulo superstes fuerit, non sufficere illud potuit

ut eo aliquid novi in jure fuerit introductum quod Paulo vivo nondum obtineret. Tales enim conversiones in jure non nisi longiore annorum decursu ac diuturno fori usu solent admitti. Quo facto ex illis omnibus quae praemisimus apparere videtur aetatem MODESTINI ad hanc quaestionem decidendam in censum venire non posse neque si vel maxime probari possit aetatem MODESTINI tam longo temporis spatio Paulo juniorem fuisse, ut ejus tempore aliquid obtinere possit, quod Pauli tempore nondum erat receptum, nec illud ipsum magnam vim ad confirmandam sententiam ejus habere posse videretur. Fuit enim ut notat GOTHOFREDUS (1) MODESTINUS JurisConsultorum ultimus: cum quo oracula juris obmutuere: cessim et retro paulatim collabente Jurisprudentia: non enim videtur MODESTINI sententia ideo praevalere debere quod propius accessit ad tempora, quibus antiqua, optimi aevi Jurisprudentia minus probatae notae Jurisprudentia suppleri coepit.

Illa igitur decidendi ratione rejecta id tantum restat inspiciendum quaenam distinctio per se maxime commendari videatur. Qui itaque aequitatis, ut videtur, ducti studio, MODESTINI sequendam dicunt sententiam, hoc maxime ur-

(1) In *Manuali Juris.* p. 595.

geat, non oportere eum qui defunctum in omnibus representare debeat, et adeunda hereditate tanquam defuncti vicarius exstiierit, suo facto efficere ut defunctus ex mendacio arguatur, prospiciendum ipsi esse ne existimationi defuncti talis adspergatur labes, ut fraudis possit insimulari. Quae quidem ad ethicam relata magnam prae se ferre videntur aequitatis speciem, quamvis fortasse ne ita magni sunt momenti, cum tamen defuncti factum idem maneat. At quoniam hic de solo jure quaeratur, in censum venire posse non videntur. Quod enim supra diximus, heredem defunctum in omnibus representare debere ac cum eo pro una eademque persona haberi manifesto ad solas pertinet obligationes personales, quae jam a defuncto initas implere debeat, hae enim in herede qui hoc respectu cum eo pro una eademque persona habetur, tantum subsistere pergunt; defunctus vero ut vidimus pignore constituendo in re aliena tantum se contrariae pignoratitiae obligavit, reale autem jus nullum constituere potuit, de hoc igitur heres teneri non potest regula enim juris (1). non posse competere actionem contra defunctum quaa non incepit in herede; neque etiam huc MODESTINUS respicere potuit. Sed cum ae-

(1) *L.* 11. *Cod. de Contrah. vel Committ. Stip.*

quitatis gratia nostro casu utilem hypothecariam concesserit; videtur illa ratione motus quod judicaverit iniquum, cum is qui rei obligatae esset dominus principalem obligationem in cujus securitatem pignus constitutum erat, sine quo fortasse creditor nunquam contraxerit, nunc posse causari rem tempore conventionis non fuisse in bonis debitoris, ac sic subtiliter magis quam aeque se contra creditorem posse defendere, cum fortasse is qui principalem obligationem in se susceperit censeri possit etiam ejus accessorias debere agnoscere. Paulus vero juris principiis strictius adhaerens et huic aequitatem accommodans, iniquum judicavit eum, qui neque de re sua oppignoranda convenerit, neque ut ea obligaretur consensum dederit, ideo suam rem eripi posse, quod defunctus, cui forte fortuna heres exstitit, aliquod delictum contraxit pro quo ipsi placuit rem obligare quae erat in bonis ejus, qui nunc ipsi successit. Utra autem anteponenda sit sententia aliorum sit judicium: cum praeterea ut hoc rite dijudicaretur ulterius esset progrediendum quam hujus scriptionis consilium nobis ferre videbatur; quare ut, paucis, quae de his legibus animadvertenda habuimus, notatis, hic jam finem facimus.

68

THESES.

I.

Servitutes rusticae pignori dari potuisse videntur.

II.

Si res aliena pignori obligata est actio hypothecaria ignoranti tantum creditori competit.

III.

Is qui rem a se inventam occultaverit, atque personae publica auctoritate instructae tradere recusaverit, propterea furtum commisisse non videtur.

IV.

Ut maleficiorum societas adesse censeatur non requiritur ut ea ad certum modum fuerit redacta.

V.

Moderamen inculpatae tutelae etiam imparibus armis subsistit.

VI.

Si post testamentum conditum nova testandi forma introducta fuerit, illud tamen, ut videtur, nihilominus valere pergit.

THESES.

VII.

Conjux superstes plures tutores minori dare non potest.

VIII.

Avi aviaeque in nuptiarum intercessione concurrere videntur.

IX.

Inter articulos 27 et 28. Cod. Civ. pugna non admittenda.

X.

Emtor ad rem praecise tradendam cogi potest.